

VU Research Portal

Juridisering van de overheidsinkoop?

Jansen, C.E.C.

2018

document version

Version created as part of publication process; publisher's layout; not normally made publicly available

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C. (2018). *Juridisering van de overheidsinkoop?*. Paper presented at De stand van het aanbestedingsrecht: coherent kader of belemmering?, Amsterdam, Netherlands.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Juridisering van de overheidsinkoop?

Keynote uitgesproken op 11 april 2018 tijdens het congres 'De stand van het aanbestedingsrecht: coherent kader of belemmering?', georganiseerd door de Universiteit Utrecht en de Vrije Universiteit Amsterdam

Sinds enkele jaren valt regelmatig de kritiek te beluisteren dat het domein van de overheidsinkoop meer en meer is gejuridiseerd en dat die ontwikkeling problematisch is. In het verlengde van deze kritiek wordt soms met de vinger gewezen naar bepaalde groepen die voor deze ontwikkeling medeverantwoordelijk zouden zijn. Ook worden oplossingen aangedragen om die ontwikkeling een halt toe te roepen.

Ik heb deze signalen de afgelopen jaren opgevangen in de verwachting dat iemand ze op zeker ogenblik wel in een genuanceerd perspectief zou weten te plaatsen. Ik stel echter vast dat dit tot nu toe nog onvoldoende is gebeurd, dat de kritiek aanhoudt, dat de critici personen zijn die we zeer serieus moeten nemen (ik heb ze in ieder geval hoog zitten), dat sommige van de oplossingen die worden voorgesteld om de oorzaken van de kritiek weg te nemen inmiddels radicale vormen aannemen en – vooral – dat niet valt uit te sluiten dat het voortduren van de kritiek tot een verslechterde verstandhouding leidt tussen groepen van personen die tot verschillende disciplines behoren, terwijl zij de overheidsinkoop nu juist samen tot een succes moeten zien te maken. Dat laatste is iets waar we op dit moment natuurlijk echt geen behoefte aan hebben: we staan wat betreft de doorontwikkeling van de professionalisering van de overheidsinkoop immers op een kruispunt en dan is het van belang dat de neuzen allemaal in dezelfde (goede) richting wijzen.

Wat ik daarom in de komende kleine twintig minuten wil doen, is de kritiek dat sprake zou zijn van een vergaande juridisering van de overheidsinkoop aan een nader onderzoek onderwerpen. Wat is volgens de critici in de kern het probleem waar zij het etiket 'juridisering' op plakken? Wat zijn precies de oorzaken van dat probleem? En gegeven de uitkomsten van die analyse: wat zou dan een verstandige manier zijn om van het eventuele probleem af te komen?

Om deze analyse uit te voeren, ben ik op zoek gegaan naar bronnen waarin de juridisering van de overheidsinkoop als fenomeen wordt uitgewerkt en geproblematiseerd. Die bronnen gaan terug naar de vooravond van de invoering van de Aanbestedingswet, toen zowel de NEVI als VNO/NCW zich al kritisch uitlieten over die juridisering. Ook de voormalig directeur van PIANOo, Wouter Stolwijk, heeft zich de afgelopen jaren bij herhaling kritisch uitgelaten over de in zijn ogen doorgeslagen juridisering van de overheidsinkoop. Hoe zijn denken over de problematiek zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld, is goed te volgen aan de hand van de verslagen van zijn vele congresbijdragen en interviews en die allemaal op internet zijn terug te vinden. Ook Jan Telgen heeft zich in dit kader niet onbetuigd gelaten, gelet op zijn lezenswaardige bijdrage aan Tender Nieuwsbrief van enkele jaren geleden, over de verhouding tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop.

Wat zit de critici nu in de kern dwars wanneer zij het hebben over de juridisering van de overheidsinkoop?

Het primaire doel van de overheidsinkoop, zo stellen zij allereerst terecht, is de inkoop van een prestatie – de levering van een product, een werk of een dienst – waarbij zoveel

mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd. Hoe beter men er in slaagt *dat* doel te bereiken, des te doelmatiger is de inkoop. De volgende denkstap die de critici zetten, is deze. In hun streven naar een zo doelmatig mogelijke inkoop, moeten overheidsinkopers de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht in acht nemen. Deze inkopers, aldus de critici, zijn te zeer en te eenzijdig gefocust op de naleving van deze beginselen en regels, uit angst dat zij daarmee in strijd handelen. Die angst, aldus nog steeds de critici, werkt verlamdend en zorgt er voor dat inkopers niet dan wel onvoldoende bezig zijn met het primaire doel: de inkoop zo te organiseren dat zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd: 'Procedureel klopt het allemaal wel, maar de in totaal met de inkoop gemoeide transactiekosten zijn veel te hoog in de verhouding tot de maatschappelijke waarde die daarvoor wordt gerealiseerd', is de strekking van de redenering.

Ik ga gemakshalve even voorbij aan de impliciete waardeoordelen die in de voorgaande redenering schuil gaan met betrekking tot de wijze waarop inkopers hun vak zouden uitoefenen. Theo van der Linden heeft daar een behartenswaardige column over geschreven, die op de website Aanbestedingscafé.nl is gepubliceerd. Laten we er veronderstellenderwijs van uitgaan dat het fenomeen, zoals de critici dat schetsen, zich inderdaad voordoet. Hoe problematiseren zij dat fenomeen dan vervolgens, en wat stellen zij voor om tot een oplossing van de problematiek te komen? En wat daarvan te vinden?

Op dit punt in de redenering aanbeland, is het denk ik goed eerst kort stil te staan bij de inhoud en strekking van de beginselen en regels, zoals die in de Aanbestedingswet zijn opgenomen. Die beginselen en regels bevatten gedragsverplichtingen voor aanbestedende diensten. Met het opleggen van die verplichtingen heeft de wetgever primair voor ogen dat een aanbestedende dienst de ondernemingen die in de opdracht zijn geïnteresseerd gelijke kansen biedt op het verwerven van die opdracht. *Dat* is het primaire doel van het aanbestedingsrecht. Een ander doel dient het aanbestedingsrecht niet, althans niet in de staat waarin het op dit moment verkeert. Over dat laatste zeg ik aan het einde van mijn betoog nog iets.

Dat het bieden van gelijke kansen het primaire doel van het *aanbestedingsrecht* is, betekent natuurlijk nog niet dat dit ook een doelstelling van *overheidsinkoop* is, en zeker niet dat het hier om de *primaire* doelstelling van overheidsinkoop zou gaan. Wat de doelstellingen van overheidsinkoop *zijn* of zouden *moeten* zijn, en hoe zij zich tot elkaar zouden moeten verhouden, *dat* zou nou juist onderwerp van het te voeren debat moeten zijn. We kunnen inmiddels immers een aardige lijst van onderwerpen samenstellen, die allemaal een doelstelling van overheidsinkoop zouden *kunnen* zijn. Op die lijst zou ook de doelstelling van het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen *kunnen* staan. Ook wanneer men vindt dat dit *geen* doelstelling van overheidsinkoop is, dan nog kan men er toch niet omheen dat aanbestedende diensten bij de organisatie van de overheidsinkoop op dit moment wettelijk verplicht zijn tot het bieden van die gelijke kansen.

Laten we dat even vasthouden en terugkeren naar de veronderstelling dat juridisering zou leiden tot verlamming van inkopers, in die zin dat zij niet dan wel onvoldoende in staat lijken zich te focussen op de primaire doelstellingen van de overheidsinkoop. Die juridisering, waar bestaat die dan precies uit?

In de meest extreme benadering, die ik eigenlijk alleen maar heb kunnen terugvinden bij Stolwijk, wordt de zojuist genoemde verplichting van een aanbestedende dienst, om ondernemingen gelijke kansen te bieden, als zodanig beschouwd als een ongewenste vorm van juridisering. Stolwijk verzet zich op zichzelf niet tegen aanbesteden in concurrentie. Maar als puntje bij paaltje komt, dan zou een aanbestedende dienst zich wat hem betreft bij de organisatie van een inkoopproces volledig moeten kunnen laten leiden door de

primaire doelstelling van de inkoop, namelijk: zoveel maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseren. Een eventuele verplichting tot het bieden van gelijke kansen is wat Stolwijk betreft *daaraan* ondergeschikt. Maar eigenlijk vindt hij dat die verplichting helemaal niet thuis hoort in het domein van de overheidsinkoop. Hij is dan ook in zoverre consequent, dat hij pleit voor de afschaffing van de wet die nu juist tot doel heeft te bevorderen dat een aanbestedende dienst ondernemingen gelijke kansen biedt.

Met juridisering heeft dit natuurlijk allemaal niets van doen: dat de verplichting van een aanbestedende dienst om ondernemingen gelijke kansen te bieden in de wet verankerd ligt, is immers de resultante van een uitvoerig politiek besluitvormingsproces. Wie het bij nader inzien met dat resultaat niet eens is, die moet met de vinger in de juiste richting wijzen. Uiteindelijk doet Stolwijk dat ook wel: hij wijst in vele richtingen, ook in die waar de politiek zich bevindt.

Een tweede verschijningsvorm van juridisering zou kunnen zijn, dat de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht inkopers als het ware *actief verhinderen* om de primaire doelstellingen die zij met de overheidsinkoop beogen, ten volle te realiseren. Ik ben tot nu toe echter nog niemand tegengekomen die *dat* vindt. Sterker nog: het huidige regeringsbeleid – ik verwijs in het bijzonder naar het traject Beter Aanbesteden – is juist gebaseerd op de tijdens de evaluatie van de Aanbestedingswet gegroeide veronderstelling dat de wet zelf geen belemmeringen opwerpt om tot een meer doelmatige overheidsinkoop te komen. Ook daar kom ik zo dadelijk nog op terug.

In een derde benadering van juridisering aanvaardt men dat bij het streven naar de met de overheidsinkoop beoogde primaire doelstellingen rekening moet worden gehouden met de in de wet verankerde verplichting om ondernemingen gelijke kansen te bieden. Wanneer een aanbestedende dienst vervolgens handelt op een wijze die in strijd is met de wet, dan is het natuurlijk het goed recht van een onderneming die zich daardoor benadeeld voelt om aan te dringen op handhaving van de wet. En wanneer juristen – hetzij in de rol van partijadviseur, hetzij in de rol van geschilbeslechter – zich dan uitspreken over de vraag of er inderdaad is gehandeld in strijd met de wet, dan doen zij niet meer dan hun werk.

Dat kan men weliswaar een vorm van juridisering vinden, maar om daar vervolgens een negatieve lading aan te kunnen geven is toch echt meer nodig dan de enkele constatering dat een onderneming om handhaving van de wet vraagt en een geschilbeslechter daar gehoor aan geeft.

Wat dat laatste betreft, komt Telgen mogelijk nog het dichtst in de buurt van een eventueel met het etiket ‘juridisering’ aan te duiden probleem, wanneer hij wijst op het feit dat de aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen inmiddels zijn uitgegroeid tot een omvangrijk stelsel van gedetailleerde regels die een aanbestedende dienst moet naleven om te waarborgen dat ondernemingen gelijke kansen krijgen. Daar zitten bovendien regels tussen waarvan hij zich afvraagt of de handhaving daarvan nu echt wel bijdraagt aan het waarborgen van kansgelijkheid in het concrete geval, mede gelet op het feit dat die handhaving kan resulteren in een minder doelmatige inkoop. De voorbeelden die hij in dat verband noemt, zitten overigens allemaal in de sfeer van gebrekkige inschrijvingen.

Telgen houdt vervolgens een pleidooi om af te stappen van de huidige ‘rule based’-benadering, die hij wil vervangen door een ‘principle based’-benadering. Geen gedetailleerde regels meer, maar enkel beginselen opnemen in de wet, die vervolgens zowel voor aanbestedende diensten – bij de organisatie van de inkoop – als voor geschilbeslechters – bij de beoordeling van de rechtmatigheid van die organisatie – als kader

kunnen fungeren wanneer zij hun beslissingen moeten nemen. Dit idee – dat overigens al eerder is geopperd door de Britse juriste Sue Arrowsmith – gaat er aan voorbij dat de meeste van de gedetailleerde regels, waar veel van de geschillen in Europese aanbestedingen vaak over gaan, regels zijn die helemaal niet in de wet zelf staan. Het zijn nadere regels die geschilbeslechtsers hebben afgeleid van de door Telgen bedoelde beginselen, die wél in de wet staan. En dat geldt nog sterker voor wat betreft de zogenoemde nationale aanbestedingen en de meervoudig onderhandse procedures, waar we van meet af aan met die ‘principle based’-benadering hebben moeten werken bij gebreke aan nadere regels in de wet zelf.

De kwestie is volgens mij veel meer dat de ontwikkeling van die nadere regels tot een coherent en praktisch toepasbaar regelstelsel, dat inkopers in staat stelt zelfstandig voorspelbare uitkomsten te doen, op dit moment nog volop gaande is. Dat die ontwikkeling nog niet voor alle typen geschillen is voltooid, *kan* tot rechtsonzekerheid bij inkopers leiden. En dat *kan* er vervolgens inderdaad toe leiden dat zij voor advies hun heil zoeken bij juristen. Is dat een vorm van juridisering? Ja, misschien wel, maar ik zou daar pas een negatieve connotatie aan willen geven, wanneer te verwachten valt dat die situatie van rechtsonzekerheid maar blijft voortduren. En dat ligt niet in de lijn der verwachtingen. Het gaat hier om een normale ontwikkeling, die we ook op andere terreinen binnen het aanbestedingsrecht – en overigens al honderden jaren binnen het recht als geheel hebben gezien – waar het soms even duurt voordat in de wetgeving vastgelegde vage concepten zodanig zijn uitgekristalliseerd dat overheidsinkopers daar zelfstandig mee kunnen omgaan, zonder het advies van juristen in te roepen.

En wie vindt dat die rechtsontwikkeling niet snel genoeg gaat en een handje geholpen zou moeten worden, die kan natuurlijk ook een pleidooi houden voor het ontwikkelen van een coherent en begrijpelijk stelsel van nadere regels – bijvoorbeeld over de vraag hoe om te gaan met gebreken in inschrijvingen – zoals men dat ook in andere landen heeft gedaan. Ook hier geldt: klaag niet over het feit dat juristen doen wat zij moeten doen. Dat is: de beginselen operationaliseren op basis van een geval-tot-geval-benadering. Wie vindt dat dit onvoldoende snel leidt tot een coherent en praktisch toepasbaar regelstelsel, wijze opnieuw de vinger in de juiste richting.

Ik noem in het verlengde van het voorgaande nog een vijfde vorm van mogelijke juridisering van de overheidsinkoop. Er is regelmatig beweerd dat juristen die door inkopers om advies worden gevraagd, zich zouden opstellen als experts die vertellen hoe de inkoper zou moeten inkopen en aanbesteden. Die stelling wordt vervolgens onderbouwd door de enigszins ridicule vergelijking te trekken met medische juristen die artsen zouden vertellen wat ze moeten doen om een goed arts te zijn, en vaders die hun kinderen het spelregelboekje van de KNVB geven met de woorden: ‘Als je dit maar goed leert, dan kun je voetballen’. Volgens mij is hier helemaal geen sprake van juridisering, maar van een ernstig misverstand. Een jurist beoordeelt desgevraagd slechts of een inkoper met de voorgenomen formulering of toepassing van een opdrachtspecificatie, uitsluitingsgrond, geschiktheidseis, nadere selectie-eis of beoordelings- en gunningssystematiek *binnen de kaders van de Aanbestedingswet blijft*. Die wet zegt zoals gezegd enkel en alleen iets over die eisen en criteria voor zover dat relevant is vanuit het perspectief van de doelstelling van de *wet*: het bieden van gelijken kansen. Die wet zegt dus *niets* over hoe die eisen en criteria het beste zouden kunnen worden ingericht en toegepast vanuit de doelstellingen die de aanbestedende dienst met de *overheidsinkoop* als zodanig voor ogen heeft. *Daar* bemoeit de jurist zich dan ook niet mee: *dat* mag de inkoper zelf uitvoeren.

En met dat laatste komen we volgens mij bij de kern van het werkelijke probleem. Een probleem dat de eerder genoemde critici hebben geprobeerd te vangen – ten onrechte,

denk ik – met het containerbegrip ‘juridisering’. Inkopers, ik herhaal het nog maar eens, zouden te zeer en te eenzijdig zijn gefocust op de naleving van de beginselen en regels die tot doel hebben ondernemingen gelijke kansen te geven, uit angst dat zij daarmee in strijd handelen. Die angst zou verlammend werken en er voor zorgen dat inkopers niet dan wel onvoldoende bezig zijn met dat waar het werkelijk om zou moeten gaan: de overheidsinkoop zo te organiseren dat zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen wordt gerealiseerd.

Maar als het zo is – ik signaleerde het eerder al en het ligt ook ten grondslag aan het huidige regeringsbeleid – dat het aanbestedingsrecht inkopers op zich geen strobreed in de weg legt wanneer zij maximale maatschappelijke waarde voor de publieke middelen willen realiseren, waarom zou een aantal inkopers dat dan nalaten?

Is dat, omdat zij vooral gevoelig zijn voor ‘command and control’-prikkelers die uitgaan van de beginselen en regels waarmee de wetgever de naleving van de verplichting tot het bieden van gelijke kansen wil bevorderen? Vergelijkbare prikkels ontbreken immers – zeker als het om het ‘control’-aspect gaat – wat betreft de sturing op het realiseren van de primaire doelstellingen van de overheidsinkoop. De wet voorziet wat die laatste doelstellingen betreft weliswaar in een aantal algemeen geformuleerde zorgplichten, maar ondernemers dringen niet of nauwelijks op de handhaving van die verplichtingen aan: de niet-naleving daarvan raakt hen immers niet in hun commerciële belangen.

Mogelijk ligt de verklaring elders. Misschien is het op zich *objectief* duidelijk hoe een inkoop, binnen de kaders van de Aanbestedingswet, de overheidsinkoop in het concrete geval zou moeten organiseren om maximale maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te realiseren. Dat zou kunnen betekenen dat het probleem er enkel uit bestaat dat een aantal inkopers zich die kennis en vaardigheden nog onvoldoende eigen heeft gemaakt. Als dat de diagnose is, dan liggen de uitdagingen inderdaad op het vlak van de professionalisering, zoals sommigen veronderstellen.

Er is ook nog een andere mogelijkheid denkbaar. En dat is, dat het ook objectief bezien op dit moment nog onvoldoende inzichtelijk is hoe de inkoop in concrete gevallen het beste zou kunnen worden georganiseerd met het oog op *alle* doelen die een aanbestedende dienst met die inkoop zou willen en/of zou moeten realiseren, rekening houdend met de verplichting om ondernemers gelijke kansen te bieden. Laten we in dit verband vooral niet vergeten dat de regulering zich in hoofdzaak altijd heeft geconcentreerd op de doelstelling van het bieden van gelijke kansen. Pas in het staartje van het wetgevingsproces – en ook *nadat* de wet al door het parlement was aangenomen – is de politiek zich gaan realiseren dat overheidsinkoop over veel meer gaat dan alleen maar het bieden van gelijke kansen. Er is vervolgens een halfslachtige en weinig doordachte poging ondernomen om al die doelstellingen door middel van open geformuleerde zorgplichten in de wet te verankeren. Weinig doordacht, in die zin dat destijds onvoldoende is nagedacht over de precieze verhouding tussen die doelstellingen, laat staan over de integrale governance van de overheidsinkoop, gegeven al die doelstellingen.

Als *dat* de diagnose is, dan ligt de uitdaging op een geheel ander vlak en dient eerst kennis te worden ontwikkeld alvorens men überhaupt een professionaliseringsslag kan gaan maken. Kennis over hoe inkopers binnen de bestaande kaders het beste keuzes zouden kunnen maken om al die doelstellingen, die we inmiddels aan overheidsinkoop zijn gaan verbinden, optimaal te kunnen realiseren. Kennis ook ten aanzien van de meest optimale mix van sturingsmechanismen om te bewerkstelligen dat inkopers die keuzes ook daadwerkelijk gaan maken. Ik vraag me af of al die kennis er al is en – zo ja – waar een inkoop die dan kan vinden. In mijn colleges zeg ik wel eens dat overheidsinkoop als gevolg van deze ontwikkelingen inmiddels *rocket science* is geworden. Bij alle

problemen die we op dit vlak nog op te lossen hebben, valt een probleem zoals dat van een nog niet voltooide rechtsontwikkeling op het terrein van vormfouten in inschrijvingen volgens mij in het niet. Zouden we daarom, in plaats van ons druk te maken over het schijnprobleem van juridisering, ons niet veel meer bezig moeten houden met de vraag hoe we tot de ontwikkeling van de hiervoor bedoelde kennis kunnen komen? En hoe komt het eigenlijk dat het *juristen* zijn die deze vraag moeten stellen, in plaats van diegenen die beweren te weten waar overheidsinkoop *werkelijk* over gaat?

Chris Jansen

Hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, gasthoogleraar (TPR-wisselleerstoel) bij het Centrum voor Overheid en Recht (CORe) aan de Universiteit Hasselt en voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)
